

## **St. Galler Aktienrechtsforum 2008**

# **Vergleiche bei Verantwortlichkeitsklagen: Praktische Probleme**

von Dr. Reto Thomas Ruoss, Rechtsanwalt, RUOSS VÖGELE PARTNER, Zürich

## EINLEITUNG

- 1 Seit einigen Jahren gehört die Erhebung oder Abwehr von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen zum Alltag der Wirtschaftsanwälte. Dabei werden solche Ansprüche bei aufrechtstehenden Gesellschaften durch die Gesellschaft selber oder durch ihre Aktionäre<sup>1</sup> eher seltener geltend gemacht<sup>2</sup>, als in der zwangsrechtlichen Vollstreckung: In jedem Konkurs erfolgt eine routinemässige Prüfung und Inventarisierung solcher Ansprüche. Da der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>3</sup> bei einem Einschluss der Verantwortlichkeitsansprüche in das abgetretene Vermögen<sup>4</sup> im wesentlichen gleich wie der Konkurs behandelt wird<sup>5</sup>, ist nachfolgend dieses Liquidationsverfahren immer mit verstanden, wenn ich vom Konkurs spreche.
- 2 Mit der Sensibilisierung der Konkursverwalter für die Verantwortlichkeitsansprüche hat auch deren klageweise Durchsetzung zugenommen, was die in den letzten Jahren zunehmende Zahl der höchstrichterlichen Leitentscheide sowie der ins Internet gestellten, unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheide zeigt. Der statistisch nicht erfasste und nicht erfassbar grösste Teil aller Verantwortlichkeitsansprüche wird jedoch vergleichsweise erledigt, sei es aussergerichtlich, sei es im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs.
- 3 Im Rahmen dieses Referats wollen wir den praktischen Problemen nachgehen, die sich bei einer vergleichsweisen Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen stellen. In geringfügiger Abweichung vom angekündigten Titel meiner Ausführungen werde ich mich nicht mit Vergleichen von Verantwortlichkeitsklagen – d.h. bereits bei Gericht anhängigen Forderungen aus aktienrechtlicher<sup>6</sup> Verantwortlichkeit – sondern mit der vergleichsweisen Erledigung noch nicht streithängiger Verantwortlichkeitsansprüche beschäftigen.
- 4 Meine Ausführungen gliedere ich dem leicht modifizierten Titel meines Referates entsprechend wie folgt:
- 5 Zunächst werden wir uns mit dem Vergleich, verstanden als Vergleichsvertrag beschäftigen und dabei Begriff und Arten diskutieren. Anschliessend gehen wir einigen Besonderheiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche nach und schliesslich, aber doch hauptsächlich, beschäftigen wir uns mit den praktischen Problemen dieses Phänomens.

---

<sup>1</sup> Art. 756 Abs. 1 OR

<sup>2</sup> Vgl. als Ausnahme: BGE 132 III 707.

<sup>3</sup> Art. 317ff. SchKG.

<sup>4</sup> BGE 122 III 176ff.

<sup>5</sup> 122 III 166 E. 3b.aa.

<sup>6</sup> Ich beschränke mich auf die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754ff. OR.

## DER VERGLEICHsvertrag

### I. BEGRIFF UND MERKMALE DES VERGLEICHsvertrags

- 6 Nach der auch von der Lehre<sup>7</sup> geteilten Definition des Bundesgerichts<sup>8</sup> legen die Parteien mit dem Vergleichsvertrag einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei.
- 7 Beim Vergleichsvertrag oder kurz Vergleich handelt es sich um einen zweiseitigen<sup>9</sup> Innominatkontrakt, der gesetzlich nicht besonders geregelt ist. Daran sind immer zwei, häufig aber auch mehrere Parteien beteiligt. Wie bereits der bundesgerichtlichen Definition entnommen werden kann, soll mit dem Vergleich ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt werden, über das die Parteien verfügen können. Worin die Ungewissheit oder der Streit besteht, ist unerheblich. Massgebend ist allein, dass zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis umstritten oder ungewiss ist, sei es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen. Am häufigsten werden Vergleiche über schuldrechtliche Verhältnisse, d.h. über Forderungen abgeschlossen.

### II. WESENTLICHER INHALT DES VERGLEICHsvertrags ÜBER FORDERUNGEN

- 8 Ein Vergleichsvertrag liegt nur vor, wenn beide Parteien Zugeständnisse machen. Wird der Vergleich über eine bestrittene Forderung abgeschlossen, anerkennt der Schuldner einen Teil der behaupteten Forderung. Soweit diese im anerkannten Umfang tatsächlich bestand, hat die Anerkennung lediglich deklaratorische Wirkung<sup>10</sup>, im anderen Fall wirkt sie schuld begründend. Der Gläubiger andererseits verzichtet im Sinne einer negativen Schuldanerkennung auf eine allfällige Mehrforderung. Der Vergleich enthält damit neben dem obligatorischen Verpflichtungs- auch ein Verfügungsgeschäft. Soweit eine Mehrforderung tatsächlich besteht, geht sie durch Erlass unmittelbar unter<sup>11</sup>.
- 9 Bezogen auf eine Forderung beinhaltet der Vergleich daher regelmässig einen durch Anerkennung gesicherten Anerkennungs- oder Leistungsteil des Schuldners und einen durch Erlass erledigten Verzichtsteil des Gläubigers.

---

<sup>7</sup> PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in FS Schlupe, Zürich 1998, S. 3, PATRICK HÜNER-WADEL, Der aussergerichtliche Vergleich, Bern/Stuttgart 1989, S. 2.

<sup>8</sup> BGE 130 III 49, S. 52 mit weiteren Hinweisen.

<sup>9</sup> Es handelt sich aber nicht um einen synnalagmatischen Vertrag, GAUCH, a.a.O., S. 7.

<sup>10</sup> Die vergleichsweise Anerkennung der Forderung wirkt regelmässig und mangels anderer Vereinbarung nicht novierend: Art. 116 Abs., 1 OR; GAUCH, a.a.O., S. 15.

<sup>11</sup> GAUCH, a.a.O., S. 6.

### III. ARTEN VON VERGLEICHEN

- 10 Vergleiche lassen sich einerseits bezüglich ihres Entstehungsumfelds in aussergerichtliche und gerichtliche Vergleiche unterteilen. Andererseits bestehen bezüglich der Wirkungen eines Vergleichs mit mehreren, solidarisch haftenden Personen zwei qualitativ unterschiedliche Arten.

#### A. Gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich

- 11 Werden Vergleiche vorprozessual, d.h. aussergerichtlich, abgeschlossen, entfalten sie ausschliesslich privatrechtliche Wirkungen. Findet der Vergleichsabschluss hingegen im Rahmen einer hängigen gerichtlichen Auseinandersetzung statt, zeitigen sie neben diesen privatrechtlichen zusätzlich prozessrechtliche Wirkungen<sup>12</sup>. Wie bereits erwähnt, interessieren uns hier lediglich die privatrechtlichen Wirkungen aussergerichtlicher Vergleiche. Ich werde daher auf die prozessrechtlichen Fragen bei gerichtlichen Vergleichen nicht eingehen.

#### B. Vergleich mit Wirkung nur inter partes oder erga omnes (mit Gesamtwirkung)

- 12 Behauptet ein Gläubiger Forderungen gegenüber mehreren solidarisch haftenden Schuldern zu haben, stellt sich beim Abschluss eines Vergleichs mit einem oder mehreren, aber nicht mit allen Solidarschuldnern die Frage nach den Wirkung eines solchen Vergleichs.
- 13 Grundsätzlich wirken Verträge immer nur inter partes<sup>13</sup>. Die Vertragsparteien können insbesondere nicht zulasten Dritter kontrahieren. Hingegen können sie diese begünstigen. Ein Solidarschuldner kann durch den Abschluss eines Vergleichs mit dem Gläubiger die Lage seiner Mitschuldner nicht erschweren, was sich aus Art. 146 OR ergibt<sup>14</sup>. Der vergleichende Solidarschuldner und der Gläubiger sind daher nicht in der Lage, die den anderen Solidarschuldnern zustehenden Rechte, insbesondere ihre Rückgriffsrechte, zu beschränken. Hingegen steht es den Vergleichsparteien und insbesondere dem Gläubiger frei, mit dem Vergleich auch die nicht vergleichenden Solidarschuldner von ihren Verpflichtungen zu befreien<sup>15</sup> und damit eine Wirkung erga omnes zu erreichen: Während der Leistungsteil des Vergleichs gemäss Art. 147 Abs. 1 OR im Umfang der Tilgung der Schuld des vergleichenden Solidarschuldners von Gesetzes wegen auch die Forderungen des Gläubigers gegen die

---

<sup>12</sup> BGE 110 II 46. Sie beenden den Prozess, allenfalls aber erst nach der gerichtlichen Genehmigung; vgl. § 188 Abs. 3 ZPO ZH; HÜNERWADEL, a.a.O., S. 19f. Für die Anfechtung vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Zürich 1997, § 188 ZPO N 19a.

<sup>13</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, Rz. 371.

<sup>14</sup> GAUCH, a.a.O., S. 17. Ausnahme bildet die Unterbrechung der Verjährung gemäss Art. 135 iVm Art. 136 Abs. 1 OR.

<sup>15</sup> BGE 100 II 144f.; URS HOFMANN-NOWOTNY/HANS CASPAR VON DER CRONE, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in SZW 2007, S. 265 m.w.H.

übrigen Solidarschuldner tilgt, wird der Verzichtsteil qua Parteiwillen auch auf die übrigen Solidarforderungen erstreckt und diese werden ebenfalls durch Erlass getilgt<sup>16</sup>.

- 14 Ob ein Vergleich im Umfang des Verzichtsteils nur Wirkung inter partes oder vielmehr erga omnes entfalten soll, ist durch die Vergleichsparteien zu regeln. Entsteht darüber Streit, ist der Inhalt des Vergleichs durch die üblichen Auslegungsmittel zu ermitteln<sup>17</sup>. Sofern sich die tatsächlich übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht feststellen lassen, ist der Vergleich normativ aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid<sup>18</sup> die dabei zu berücksichtigenden Kriterien dargestellt: So spielt unter anderem die Höhe der Vergleichssumme im Verhältnis zur gesamten Forderung eine Rolle, weil bei einem geringen Leistungsteil eher nicht davon auszugehen ist, der Gläubiger habe die nicht vergleichenden Solidarschuldner ebenfalls befreien wollen. Andererseits ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Vergleich für den vergleichenden Solidarschuldner illusorisch werden kann, wenn er mit substantziellen Regressansprüchen rechnen muss<sup>19</sup>. Dies würde einer als sinnvoll unterstellten Regelung durch die Parteien widersprechen<sup>20</sup>.
- 15 Es ist unsere Aufgabe als Praktiker, solch heikle Abgrenzungsfragen zu vermeiden, und klar zu sagen bzw. zu schreiben, was die Parteien wollen<sup>21</sup>.

## **AKTIENRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE**

### **I. ART. 754FF. OR ALS BESONDERE HAFTUNGSORDNUNG**

- 16 Die Art. 754ff. OR beinhalten eine besondere Haftungsordnung für die Organe von Aktiengesellschaften. Die hier interessierenden aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfälle weisen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht Besonderheiten gegenüber Haftpflichtfällen aus anderen Rechtsgebieten auf, insbesondere aus dem gemeinen Haftpflichtrecht gemäss Art. 41 OR.
- 17 Diese Besonderheiten bestehen insbesondere im Bereich des Schadens, der Geschädigten sowie der haftpflichtigen oder verantwortlichen Personen.

---

<sup>16</sup> Vergleich zugunsten eines Dritten: Art. 112 Abs. 2 OR

<sup>17</sup> GAUCH, a.a.O., S. 13.

<sup>18</sup> Urteil des BGer 4C.358/2005 (BGE 133 III 116).

<sup>19</sup> Diese Konsequenz ist aber nur eines von mehreren Elementen im Hinblick auf die Auslegung: HOFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, a.a.O., S. 266.

<sup>20</sup> Urteil des BGer 4C.358/2005, E. 4.5.

<sup>21</sup> HÜNERWADEL, a.a.O., S. 136.

## II. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DES SCHADENS

- 18 Da eine Aktiengesellschaft, wenn sie ein Unternehmen betreibt, ein dynamisches Gebilde mit einer Vielzahl vermögensmässiger Interessen ist, entsteht häufig nicht nur ein Schadenfall mit einem einzigen Schaden. Vielmehr verursachen alle oder ein Teil der Organpersonen oft mehrere qualitativ voneinander unabhängige Teilschäden. Die Verwaltungsräte A und B können z.B. im Jahr X für einen Schaden infolge unsorgfältiger Anlagepolitik verantwortlich sein. Daneben kann der anschliessend neu zusammengesetzte Verwaltungsrat mit den Mitgliedern A und C im Jahr X+3 zusätzlich und davon unabhängig gemeinsam mit der Revisionsstelle für einen Fortführungsschaden infolge Konkursverschleppung haftbar werden.
- 19 Liegt die Gesellschaft im Konkursfall unter dem Skalpell der Konkursverwaltung, welche sie seziert und nach Ursachen ihres Fallierens sucht, zeigt sich somit häufig, dass der Exitus nicht nur einen, sondern mehrere, teilweise voneinander unabhängige Gründe hat, welche alle das Vermögen dezimiert und zum finanziellen Ausbluten beigetragen haben.

## III. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER GESCHÄDIGTEN PERSONEN

- 20 Eine weitere Besonderheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ergibt sich daraus, dass die Art. 754ff. OR das Vermögen verschiedene Personen schützen.

### A. Unmittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern

- 21 Geschädigt sein können direkt oder unmittelbar Aktionäre und/oder Gläubiger. Solche Schädigungen können ausserhalb eines Konkurses der Gesellschaft ohne Einschränkungen geltend gemacht werden<sup>22</sup>, wird jedoch der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet, wird unmittelbarer Schaden nur noch unter besonderen Voraussetzungen ersetzt<sup>23</sup>. Der vom Bundesgericht nicht immer gleich – und nicht immer sachgerecht<sup>24</sup> – vorgenommenen Abgrenzung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden und den erwähnten Einschränkungen kann hier nicht weiter nachgegangen werden<sup>25</sup>.

### B. Unmittelbarer Schaden der Gesellschaft und mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern

- 22 Wird durch das Fehlverhalten von Organpersonen die Gesellschaft direkt bzw. unmittelbar geschädigt, sind davon auch die Aktionäre und im Fall des Konkurses zudem die Gläubiger betroffen, indem sie indirekt oder mittelbar geschädigt sind, sie erleiden einen Reflexschaden. Solch mittelbare Schäden werden mittelbar ersetzt, weshalb ausserhalb des Konkurses

---

<sup>22</sup> Art. 756 Abs. 1 OR.

<sup>23</sup> BGE 131 III 306.

<sup>24</sup> BGE 117 II 432.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 131 III 306 als gute Zusammenfassung der geltenden Praxis.

die Gesellschaft und die Aktionäre nur Leistung an die unmittelbar geschädigte Gesellschaft verlangen können<sup>26</sup>. Nicht legitimiert sind ausser Konkurs die Gläubiger<sup>27</sup>. Auch diese Konstellation soll uns nicht weiter beschäftigen.

- 23 Hingegen ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs von hervorragender Bedeutung. Wurde der Gesellschaft direkt bzw. unmittelbar Schaden zugefügt, steht der Ersatzanspruch im Konkurs der Gläubigergesamtheit zu. Der Schaden der Gesellschaft wandelt sich zum Schaden der Gläubigergesamtheit, was insbesondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Beschränkung gewisser Einreden gegen den Anspruch hat<sup>28</sup>. Dieser Schaden wird in erster Linie durch die Konkursverwaltung geltend gemacht<sup>29</sup>.
- 24 Im Falle des Verzichts der Gläubigergesamtheit, können die Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 757 Abs. 2f. OR bzw. von Art. 260 SchKG von einzelnen Gläubigern und theoretisch auch von den Aktionären geltend gemacht werden. Auf diese Weise vorgehende Gläubiger handeln in Prozessstandschaft für die Masse<sup>30</sup> und bilden unter sich eine modifizierte notwendige Streitgenossenschaft<sup>31</sup>.

#### IV. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER HAFTPFLICHTIGEN

##### A. Meistens Mehrheit von Haftpflichtigen

- 25 Organverantwortlichkeit zeichnet sich weiter meistens durch eine Mehrheit von verantwortlichen Organpersonen aus<sup>32</sup>. Bis zum 31. Dezember 2007, d.h. vor dem Inkrafttreten der kleinen Aktienrechtsrevision<sup>33</sup>, hatte eine Aktiengesellschaft immer zwingend mindestens zwei Organe mit verantwortlichen Organpersonen, den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Sofern eine Gesellschaft aus dem Kreis der KMU<sup>34</sup> seit dem 1. Januar 2008 vom sog. „opting-out“ Gebrauch macht<sup>35</sup>, hat sie neu nur noch ein verantwortliches Organ, den Verwaltungsrat und in extremis nur noch eine Organperson, dessen einziges Mitglied.
- 26 Wie wir sehen werden, bietet eine solche Konstellation wenige praktische Probleme. Regel- und Problemfall hingegen bleibt die Konstellation einer Gesellschaft mit einer ordentlich oder eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle, einem mehrköpfigen Verwaltungsrat sowie

---

<sup>26</sup> Art. 756 Abs. 1, 2. Satz.

<sup>27</sup> Art. 757 Abs. 1 OR e contrario.

<sup>28</sup> BGE 132 III 342ff.

<sup>29</sup> Art. 757 Abs. 1 OR.

<sup>30</sup> BGE 132 III 345.

<sup>31</sup> BGE 121 III 492.

<sup>32</sup> HOFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, a.a.O., S. 265.

<sup>33</sup> BG vom 16.12.2005 über die Änderung des OR, in Kraft seit 1.1.2008.

<sup>34</sup> Art. 727a Abs. 2 OR: Keine Pflicht zur ordentlichen Revision gemäss Art. 727 OR und weniger als zehn Vollstellen im Jahresdurchschnitt.

<sup>35</sup> Art. 727 Abs. 3ff. OR.

allenfalls einer Organfunktionen wahrnehmenden Geschäftsleitung, d.h. mit einer Mehrheit von verantwortlichen Organpersonen.

## B. Differenzierte Solidarität im Aussenverhältnis

- 27 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit führt zu solidarischer Haftung. Es handelt sich um echte Solidarität<sup>36</sup>. Voraussetzung für diese solidarische Haftung ist indessen, dass überhaupt eine Haftung einer bestimmten Organperson besteht<sup>37</sup>, d.h. dass sie alle Haftungsvoraussetzungen<sup>38</sup> erfüllt. Dabei ist daran zu erinnern, dass es eine Haftung nur für kausal verursachte Schäden gibt. Setzt sich daher der Gesamtschaden einer Gesellschaft aus den bereits erwähnten Teilschäden verfehlte Anlagepolitik und anschliessende Konkursverschleppung zusammen, sind für jeden einzelnen Teilschaden die haftpflichtigen Verursacher zu bestimmen, denn nur in diesem Kreis besteht überhaupt eine Haftung und damit Solidarität<sup>39</sup>.
- 28 Die Solidarität in der Organverantwortlichkeit ist seit der Revision des Aktienrechts von 1991 gemäss Art. 759 Abs.1 OR differenziert in dem Sinne, dass jeder Verantwortliche bereits im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber dem Gläubiger, die ihn spezifisch treffenden Umstände und Herabsetzungsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR geltend machen kann<sup>40</sup>. Bei der individuellen Festlegung der Haftung, d.h. bei der Schadenersatzbemessung bezüglich jeder Organperson, sind daher die Grösse des Verschuldens, besondere Umstände auf Seiten des Geschädigten oder beispielsweise das geringe Entgelt zu berücksichtigen<sup>41</sup>. Der von der einzelnen Organperson zu leistende Schadenersatz ist daher auch bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen individuell so zu bemessen, wie wenn sie allein ersatzpflichtig wäre<sup>42</sup>.
- 29 Dieser Ansatz der individuellen Betrachtung jedes einzelnen Haftpflichtigen führt dazu, dass im Aussenverhältnis gegenüber dem Gläubiger keine gegenseitige Abwägung beispielsweise des Verschuldens vorzunehmen ist<sup>43</sup>. Vielmehr ist bei der Prüfung der Schwere des Verschuldens ein objektiver Massstab anzulegen. Selbst wenn das Verschulden einer lediglich fahrlässig unterlassenden Revisionsstelle im Vergleich mit demjenigen des vorsätzlich deliktisch handelnden Verwaltungsrats sehr gering erscheint, kann es objektiviert betrachtet den-

---

<sup>36</sup> FORSTMOSER, a.a.O., Rz 367; MARCEL MEINHARDT, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: ROLF H. WEBER (Hg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 141.

<sup>37</sup> BGE 95 II 337.

<sup>38</sup> Pflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden. URS HOFMANN-NOWOTNY, Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, in: FS für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, S. 429 m.w.H.

<sup>39</sup> BGE 95 II 337; 127 III 263f..

<sup>40</sup> Urteil des BGer 4C.358/2005, E.4.1.; BGE 127 III 453 E.5.d; HANS-UELI VOGT, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Vortrag gehalten an der 4. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht am 12. September 2007, organisiert vom Europa Institut der Universität Zürich, S. 25.

<sup>41</sup> Urteil des BGer 2A.252/2002, E. 3.2.2.1; BGE 132 III 564ff. E. 7.

<sup>42</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, Rz. 491; VOGT, a.a.O., S. 26.

<sup>43</sup> Urteil des BGer vom 14.12.99, in: RJJ 2000, S. 135ff. E 7.c.aa.; VOGT, a.a.O., S. 42



noch ein erhebliches Verschulden sein, welches im Aussenverhältnis gegenüber dem Gläubiger jede Reduktion gemäss Art. 43 Abs. 1 OR ausschliesst<sup>44</sup>.

- 30 Sind individuelle Umstände vorhanden und werden von einzelnen Organpersonen Herabsetzungsgründe geltend gemacht, welche dazu führen, dass ihre Ersatzpflicht nicht den gesamten gemeinsam verursachten Schaden umfasst, besteht Solidarität nur im Umfang dieses jeweils individuellen Solidaritäts- oder Haftungsplafonds. Da in der Praxis sowohl geringes Verschulden als auch Notlage oder geringes Entgelt kaum je zu einer Reduktion des individuellen Haftungsplafonds führen<sup>45</sup>, findet sich die fahrlässig unterlassende Revisionsstelle häufig mit dem vorsätzlich deliktisch handelnden Verwaltungsrat unter demselben Haftungsplafonds.

### C. Regress im Innenverhältnis

- 31 Mit der Festlegung der individuellen Haftungsplafonds jedes Solidarschuldners im Aussenverhältnis ist die definitive Schadenstragung indessen noch nicht abschliessend bestimmt. Bezahlt nämlich ein Solidarschuldner aufgrund der solidarischen Haftung im Aussenverhältnis mehr als seinen im Innenverhältnis definitiv zu tragenden Teil, so hat er gemäss Art. 148 Abs. 1 OR für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner.
- 32 Wie hoch dieser Teil des Solidarschuldners am solidarisch geschuldeten Betrag ist bzw. ob und wenn ja, in welchem Umfang ihm ein Rückgriff auf Mitschuldner zusteht, hat der Richter im Regressprozess gemäss Art. 759 Abs. 3 OR in Würdigung aller Umstände zu bestimmen<sup>46</sup>. Anders als bei der Schadenersatzbemessung im Aussenverhältnis ist bei der Festlegung der Rückgriffsquoten im Innenverhältnis eine vergleichende Abwägung der einzelnen Verschulden und des Gewichts der jeweiligen Teilursachen vorzunehmen<sup>47</sup>.
- 33 Wenn wir in unserem Beispiel vom vorsätzlich deliktisch handelnden Verwaltungsrat und der fahrlässig unterlassenden Revisionsstelle bleiben, spielen dieser erheblich abweichende Verschuldensgrad sowie die unterschiedliche Intensität der Verursachung im Innenverhältnis eine wesentliche Rolle. Der von der Revisionsstelle definitiv zu tragende Teil wird daher unter Berücksichtigung aller Umstände geringer ausfallen als derjenige des Verwaltungsrats. Der Haftungsplafond im Aussenverhältnis kann und wird deshalb häufig von dem Betrag abweichen, den ein Solidarschuldner im Innenverhältnis definitiv zu tragen hat<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Urteil des BGer vom 14.12.99, in: RJJ 2000, S. 135ff. E 7.c.aa.; VOGT, a.a.O., S. 25.

<sup>45</sup> VOGT, a.a.O., S. 34.; HOFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, a.a.O., S. 264.; vgl. aber BGE 127 III 453.

<sup>46</sup> Dazu gehören alle beachtlichen Umstände und nicht nur die in Art. 43 und 44 OR erwähnten: MEINHARDT, a.a.O., S. 155f.

<sup>47</sup> Urteil des BGer vom 14.12.99, in: RJJ 2000, S. 135ff. E 7.c.aa.

<sup>48</sup> BÖCKLI, a.a.O., Rz. 521; VOGT, a.a.O., S. 54; MEINHARDT, a.a.O., S. 156. A.A. PETER ISLER, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Personen, in: FS für Peter Nobel, Bern 2005, S. 205.

34 Zwei Bemerkungen sind anzubringen, welche bei der Beurteilung des Rückgriffs von erheblicher Bedeutung sind:

- Zum einen ist auf Art. 148 Abs. 2 OR hinzuweisen. Was von einem Mitschuldner im Rückgriff nicht erhältlich ist, haben die übrigen Solidarschuldner gleichmässig zu tragen<sup>49</sup>. Die in einem Rückgriffsprozess festgelegte Quote bzw. die dem Rückgriffsberechtigten zugesprochenen Rückgriffsansprüche sind daher nach ihrer gerichtlichen Beurteilung im Regressprozess erst provisorisch festgelegt. Sollte ein Mitschuldner seinen Anteil nicht leisten, erhöht sich der vom Rückgriffsberechtigten definitiv zu tragende Anteil, aber auch seine Rückgriffsansprüche gegen die übrigen solventen Mitschuldner. Ob die gleichmässige Verteilung des Ausfalls gemäss Art. 148 Abs. 2 OR heisst, sie sei nach Köpfen vorzunehmen oder ob auch dafür auf die internen Anteile der solventen Solidarschuldner gilt<sup>50</sup>, ist soweit ersichtlich gerichtlich nicht entschieden.
- Zum anderen berechnet sich der Rückgriffsanspruch nicht auf der Grundlage der von einem Solidarschuldner an den Gläubiger geleisteten Zahlung, sofern diese nur einen Teil des solidarisch zu ersetzenden Schadens umfasst. In dem bereits erwähnten neueren Entscheid<sup>51</sup> hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob einem von zwei Verwaltungsräten, der nur für einen kleinen Teilbetrag des gesamten Schadens eingeklagt war, ein Rückgriff gegen einen anderen Verwaltungsrat zustehe. Für das interne Verhältnis war keine Abweichung von einer Verteilung nach Köpfen geltend gemacht worden. Das Bundesgericht hielt sinngemäss fest, ein Rückgriff stehe solange nicht zur Diskussion, als der ins Recht gefasste Verwaltungsrat nicht mehr als die Hälfte des gesamten Schadens bezahlt habe. Das war angesichts der eingeklagten relativ geringen Summe und des vom Bundesgericht angenommenen erheblichen Schadenshöhe nicht der Fall.

Das hat die praktische Konsequenz, dass bei einem sehr hohen gemeinsamen Haftungsplafond, von dem nur ein verhältnismässig kleiner Teil überhaupt geltend gemacht wird, der gesamte geltend gemachte Teil an einem einzigen Solidarschuldner hängen bleiben kann, obwohl neben ihm solvente Mitschuldner vorhanden wären<sup>52</sup>.

## **DIE PRAKTISCHEN PROBLEME**

35 Wo liegen nun vor dem Hintergrund dieser Auslegeordnung die praktischen Probleme von Vergleichen bei Verantwortlichkeitsansprüchen? Ausgangspunkt unserer Betrachtung soll

---

<sup>49</sup> Zwischen den Mitschuldnern besteht im Rückgriff keine Solidarität: BGE 103 II 139f.

<sup>50</sup> FORSTMOSER, a.a.O., Rz. 403; VOGT, a.a.O., S. 57.

<sup>51</sup> BGE 133 III 116ff. E. 4.2; BaK-Schnyder, Art. 149 OR N 4.

<sup>52</sup> HOFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, a.a.O., S. 268 halten dies für stossend.

ein konkretes Fallbeispiel bilden, welches die nachfolgenden Überlegungen jeweils veranschaulicht und konkretisiert:

Die AG, ein mittelständisches Unternehmen, hat drei Verwaltungsräte: A ist Mehrheitsaktionär und Präsident. B, ein vermögender Unternehmer, ist Mitglied (outside director) und D ist Delegierter und Vorsitzender der Geschäftsleitung. Als Revisionsstelle amtiert R. D spekuliert über längere Zeit mit Gesellschaftsvermögen. A erkennt dieses schädigende Verhalten, verhindert es aber nicht. B wird bewusst nicht informiert. Der Schaden aus dieser Spekulation beträgt CHF 500'000.

Infolge schlechten Geschäftsgangs erleidet AG Verluste, die zur Überschuldung führen. B schießt auf Drängen von A Geldmittel von CHF 500'000 ein. Weder der Verwaltungsrat noch die Revisionsstelle handeln rechtzeitig. Über X wird der Konkurs eröffnet. Kurz vor Konkursöffnung werden Honorarrechnungen von R im Umfang von CHF 50'000 bezahlt. Der Fortführungsschaden beträgt CHF 1'000'000.

B meldet sein Darlehen über CHF 500'000 zur Kollokation an. D ist praktisch mittellos, A verliert mit dem Konkurs von AG einen erheblichen Teil seines Vermögens und R ist versichert.

Die Konkursverwaltung inventarisiert sowohl die Verantwortlichkeitsansprüche gegen alle Organe als auch einen paulianischen Anfechtungsanspruch<sup>53</sup> gegen R und setzt die Verfügung über die Darlehensforderung von B aus<sup>54</sup>.

- 36 Ausgehend von diesem Fallbeispiel wollen wir verschiedene Vergleichsszenarien durchgehen und die praktischen Probleme besprechen.

---

<sup>53</sup> Art. 285ff. SchKG.

<sup>54</sup> Art. 59 Abs. 3 KOV.

## **I. VERGLEICH MIT ALLEN ORGANPERSONEN BZW. MIT EINZELNEN, ABER MIT WIRKUNG ERGA OMNES**

### **A. Ausgangslage**

- 37 Mit der Eröffnung des Konkurses wird die Gesellschaft aufgelöst und tritt in Liquidation<sup>55</sup>. Die Konkursverwaltung hat die gesetzliche Aufgabe, das schuldnerische Vermögen möglichst rasch zu verwerten und für die Gläubiger ein möglichst günstiges Ergebnis zu erzielen<sup>56</sup>. Zur Erreichung dieses Ziels stehen ihr häufig nur beschränkte finanzielle Mittel zur Verfügung<sup>57</sup>. Insbesondere ist sie regelmässig zurückhaltend, durch die Finanzierung von Verantwortlichkeitsprozessen in die Dividenden von privilegierten Gläubigern einzugreifen.
- 38 In dieser Situation ist die zeit- und kostenintensive gerichtliche Durchsetzung von Aktiv- oder Passivansprüchen der Konkursmasse regelmässig nur die zweitbeste Option. Das Ziel eines möglichst hohen Liquidationsergebnisses in der kürzest möglichen Zeit ist häufig besser durch Vergleiche zu erreichen.
- 39 Bestehen auf der Aktiv- oder auf der Passivseite mit bestimmten Personen neben der Organverantwortlichkeit noch andere Differenzen, werden die Parteien bestrebt sein, auch diese im Rahmen eines Vergleichs beizulegen. In unserem Fall werden sie daher versuchen, die Verantwortlichkeitsansprüche einerseits und den paulianischen Anspruch gegen R andererseits sowie die angemeldete Darlehensforderung von B in einem Zug zu erledigen. Nehmen wir an, die Konkursverwaltung fordere von den Organpersonen für die vergleichsweise Erledigung aller Ansprüche eine Zahlung von insgesamt CHF 1'000'000 sowie den vollständigen Verzicht von B auf die Kollokation der Darlehensforderung.

### **B. Die praktischen Probleme**

#### **1. Verhandlungsprobleme**

- 40 Es dürfte für die betroffenen Organpersonen und die Haftpflichtversicherung von R nicht einfach sein, sich in dieser Situation zusammen zu raufen. Nicht nur müssen sie die Gesamtvergleichssumme auf drei Anspruchskomplexe aufteilen – Schaden aus Spekulation, Fortsetzungsschaden, Pauliana -, sondern sie müssen auch den verlangten Verzicht auf die Kollokation der Darlehensforderung durch B gewichten. Zudem müssen sie primär unter Haf-

---

<sup>55</sup> Urteil des Bger 4C.58/2007, E. 2.5.

<sup>56</sup> Art. 240, 256 SchKG. ISLER, a.a.O., S. 197.

<sup>57</sup> Ob hier die neuerdings auch in der Schweiz tätigen Prozessfinanzierer Abhilfe schaffen können, ist offen.

tungs-, aber auch unter Bonitäts Gesichtspunkten, die einzelnen Anteile der Beteiligten an einem Gesamtvergleich festlegen.

- 41 Nehmen wir an, dieses Unterfangen gelinge und der Vergleich mit der Konkursverwaltung sehe schliesslich eine gesamthafte Saldozahlung von CHF 750'000 und die Kollokation des Darlehens von B im Umfang von CHF 200'000 vor.

## 2. Materiellrechtliche Probleme

- 42 Sitzen bei diesem Vergleichsabschluss A, B, D und R mit der Konkursverwaltung zwecks Vergleichs am Tisch, sind die materiellrechtlichen Probleme klein. Da alle Betroffenen am Vergleich mitwirken und ihn mittragen, kann vergleichsweise eine definitive Regelung der Verantwortlichkeitsansprüche getroffen werden. Insbesondere kann auch die Regressfrage für alle verbindlich vereinbart werden. Das Aussen- und das Innenverhältnis werden abschliessend geregelt.
- 43 Dasselbe trifft im Wesentlichen auch zu, wenn sich die Konkursverwaltung lediglich mit B und R vergleichsweise auf eine definitive Erledigung der Verantwortlichkeitsansprüche, der Pauliana und der Kollokation einigt. Schliesst der Gläubiger mit einzelnen solidarisch Haftpflichtigen einen Vergleich mit Wirkung erga omnes, d.h. auch zugunsten der nicht vergleichenden A und D, ist er bereit, gegen Erhalt des nicht den gesamten Schaden erreichenden Leistungsteils, welcher gemäss Art. 147 Abs. 1 OR für alle Solidarschuldner befreiend wirkt, im Umfang des Verzichtsteils auf seine Solidarforderungen auch gegenüber A und D zu verzichten. Damit sind A und D infolge der Wirkung erga omnes des Vergleichsvertrags gegenüber dem Gläubiger ebenfalls vollständig befreit.
- 44 Damit laufen die vergleichenden B und R kein Risiko mehr, dass der Gläubiger von A oder D mehr fordert und erhält, als ihrem internen Anteil entspricht und sie regressweise in Anspruch genommen werden. Sollte der von B und R vergleichsweise bezahlte Betrag hingegen ihren internen Anteil übersteigen, steht ihnen grundsätzlich ein Regressanspruch gegen die nicht vergleichenden A und D zu. Aus praktischen Gründen werden sie jedoch regelmässig darauf verzichten, solche Regressansprüche zu erheben, da nur schon der Einwand, sie hätten im Rahmen des Vergleichs freiwillig mehr als notwendig bezahlt, prozessual eine hohe Hürde darstellt.

## 3. Konkursrechtliche Probleme

- 45 Welche konkursrechtlichen Probleme stellen sich beim Abschluss eines solchen Gesamtvergleichs?
- 46 Schliesst die Konkursverwaltung mit Organpersonen einen Vergleich stellt sich in erster Linie die Frage, ob dies einen Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs im Sinne von Art. 260 SchKG darstellt. Wie wir gesehen haben, beinhaltet jeder Vergleich über einen Anspruch neben einem Leistungs- auch einen Verzichtsteil. Dieser (Teil-)Verzicht der Mas-

se könnte daher annehmen lassen, neben der entsprechenden Genehmigung durch die Gläubigergesamtheit<sup>58</sup> oder einen Gläubigerausschuss<sup>59</sup> müsse auch eine Abtretung an die einzelnen Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG erfolgen. Dies ist jedoch nicht der Fall:

- 47 Bei einem echten Vergleich im Sinne der früher gegebenen Definition geht die Praxis davon aus, der Vergleichsabschluss stelle eine Art der Geltendmachung des Anspruchs dar, weshalb kein (Teil-)Verzicht der Masse anzunehmen und Art. 260 SchKG grundsätzlich nicht anwendbar sei<sup>60</sup>. Wird der Vergleich vom Gläubigerausschuss oder der Gläubigergesamtheit genehmigt, haben die einzelnen Gläubiger daher kein Recht mehr, die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen<sup>61</sup>. Die Ansprüche sind durch Geltendmachung und (teilweise) Erfüllung erledigt.
- 48 Fraglich könnte sein, ob dies auch im Fall gilt, da nur B und R mit Wirkung erga omnes, d.h. auch zugunsten von A und D vergleichen. Dem Gläubiger steht gegen jeden Solidarschuldner eine eigene Forderung zu<sup>62</sup>. Wenn nun B und R vergleichsweise eine Leistung erbringen, werden im Umfang dieses Leistungsteils auch die Forderungen gegen A und D getilgt. Wegen der Wirkung erga omnes des Vergleichs erstreckt sich aber auch der Verzichtsteil des Vergleichs auf die Restforderungen gegen A und D. Da diese selber keine Gegenleistung erbracht haben, erfolgt dieser Verzicht jedoch gegenüber A und D voraussetzungslos bzw. ohne Zugeständnis von ihrer Seite.
- 49 Dies hatten im Fall „Biber“<sup>63</sup> Beschwerdeführer vor Bundesgericht geltend gemacht. Der damals mit Finanzgläubigern abgeschlossene Vergleich beinhaltete auch einen Verzicht auf die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe und auf weitere Ansprüche gegen Beauftragte. Da diese selber keine Leistung an die Konkursmasse erbracht hatten, wollten die Beschwerdeführer bezüglich dieser im Vergleich miterledigten Ansprüche Art. 260 SchKG angewendet wissen. Das Bundesgericht schützte jedoch die vorinstanzliche Ansicht, welche keinen Fall von Art. 260 SchKG sah, indem es festhielt, es liege keine Gesetzesverletzung vor, wenn auch Organe und Beauftragte in den Gesamtvergleich mit einbezogen würden, welche selbst keine Leistungen an die Konkursmasse erbracht hätten, da sich die vergleichenden Finanzgläubiger andernfalls möglicherweise entsprechenden Regressforderungen

---

<sup>58</sup> Art. 253 Abs. 3 SchKG; FRANCO LORANDI, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BJSchK 2008, S. 43.

<sup>59</sup> Art. 237 Abs. 3 SchKG; LORANDI, a.a.O., S. 43.

<sup>60</sup> LORANDI, a.a.O., S. 44. Urteil des BGer 7B.166/2000, E.8.a. Anders ist es, wenn die Konkursverwaltung einen Anspruch „kampflos“ preisgibt: BGE 86 III 130.

<sup>61</sup> Möglich ist jedoch, Art. 260 SchKG analog anzuwenden und den Gläubigern den Anspruch gegen Sicherstellung des Vergleichsergebnisses abzutreten: LORANDI, a.a.O., S. 45. A.A. und für ein Recht der Gläubiger, die Abtretung gegen Sicherstellung des Vergleichsergebnisses zu verlangen: BÖCKLI, a.a.O., Rz. 467.

<sup>62</sup> FORSTMOSER, a.a.O., Rz 370; 93 II 334.

<sup>63</sup> Urteil des Bger 7B.166/2000, E. 7.a.cc.

ausgesetzt gesehen hätten. Zudem sei nicht ausgeschlossen, in einem Vergleich Regelungen zu Gunsten Dritter zu treffen<sup>64</sup>.

50 Mit einem Vergleich mit Wirkung erga omnes für alle Organpersonen sind daher die Verantwortlichkeitsansprüche nicht nur gegenüber den Vergleichsparteien, sondern gegenüber allen Solidarschuldnern durch Geltendmachung seitens der Konkursmasse erledigt. Für eine Abtretung der vom Vergleich erfassten Ansprüche gegen A und D besteht somit in unserem Fall kein Raum.

51 Wie verhält es sich aber mit der zweiten Vergleichskomponente, der Kollokation von CHF 200'000 aus dem Darlehen von B? Verpflichtet sich die Konkursmasse ausserhalb eines bereits anhängigen Kollokationsprozesses vergleichsweise eine (Teil-)Kollokation einer Forderung vorzunehmen, können die übrigen Gläubiger gegen diese Kollokation klagen<sup>65</sup>. Auch wenn die Kollokation Teil eines Vergleichs ist, hat die Konkursverwaltung keine Möglichkeit, die Erhebung der Kollokationsklage durch einen Gläubiger von der Sicherstellung des Vergleichsergebnisses auf der Aktivseite abhängig zu machen<sup>66</sup>. Nur wenn ein Gläubigerausschuss gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG bestellt ist und er den Vergleich ausdrücklich gestützt auf diese Bestimmung genehmigt, sind die Gläubiger von der Kollokationsklage ausgeschlossen<sup>67</sup>. Im summarischen Konkursverfahren hingegen bleibt nur die Möglichkeit, den Gesamtvergleich unter die auflösende Bedingung zu stellen, dass innert Frist kein Gläubiger die Querklage gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG unternimmt.

## II. TEIL-VERGLEICH MIT B UND R MIT WIRKUNG NUR INTER PARTES

### A. Ausgangslage

52 Sind lediglich B und R vergleichsbereit, und will die Konkursverwaltung gegen Erhalt des Leistungsteils dieses Vergleichs nicht auf die Geltendmachung ihrer dadurch nicht getilgten Solidarforderungen gegen A und D verzichten, sind die Probleme erheblich grösser.

53 B und R werden sich zu einer vergleichsweisen Leistung an die Konkursmasse häufig nur bereit finden, wenn sie davon ausgehen können, mit dieser Leistung den Verantwortlichkeitsfall AG definitiv erledigt zu haben. Diese Gewissheit haben sie indessen nur, wenn sie nicht damit rechnen müssen, auf dem Regressweg von A oder D in Anspruch genommen zu werden. Findet sich die Konkursverwaltung nicht bereit, mit B und R einen Vergleich mit Wirkung erga omnes abzuschliessen und auch gegenüber A und D auf den durch den Leistungsteil nicht getilgten Teil der Solidarforderungen zu verzichten, beabsichtigt sie offen-

---

<sup>64</sup> Urteil des Bger 7B.166/2000, E. 7.a. am Ende.

<sup>65</sup> Art. 250 Abs. 2 SchKG; 66 Abs. 1 KOV; LORANDI, a.a.O., FN 65.

<sup>66</sup> BGE 78 III 139.

<sup>67</sup> BGE 75 III 63. Art. 66 Abs. 3 KOV wird analog auch auf einen Vergleichsschluss ausserhalb eines Kollokationsprozesses angewendet. Vgl. auch die Erwägungen der Vorinstanz im Urteil des BGer 7B.166/2000, E.9.

sichtlich, A und/oder D noch zu belangen. Damit ist aber eine Regressnahme auf die vergleichenden B und R nicht von vornherein ausgeschlossen.

- 54 Auch wenn die praktische Bedeutung von Regressansprüchen und insbesondere die Häufigkeit von Regressprozessen umkehrt proportional zur Begründetheit der Befürchtung von vergleichenden Organpersonen steht, scheitern Teilvergleiche nicht selten an dieser Regressproblematik<sup>68</sup>.
- 55 Welche Lösungsmöglichkeiten stehen uns zur Verfügung, um diesem Problem zu begegnen?

## B. Lösungsmöglichkeiten

### 1. Variante 1: Verpflichtung, die nicht vergleichenden Organpersonen nur noch im Umfang von deren internem Anteil in Anspruch zu nehmen und Schadloshaltung der Vergleichenden von Regressansprüchen

- 56 Peter Isler hat in einem viel beachteten Aufsatz<sup>69</sup> in einem Mustertext<sup>70</sup> den Vorschlag gemacht, im Vergleich den Gläubiger zu verpflichten, die nicht vergleichenden Organpersonen nur noch im Umfang von deren internem Anteil<sup>71</sup> in Anspruch zu nehmen. Gleichzeitig sollte sich der Gläubiger verpflichten, die vergleichenden Organe von allfällig dennoch erfolgreich erhobenen Regressansprüchen der nicht vergleichenden Organpersonen schadlos zu halten<sup>72</sup>. Weiter sollten die nicht vergleichenden Organpersonen und der Richter über diese Regelung unterrichtet werden.
- 57 Geht der Gläubiger im Vergleich die soeben erwähnte Verpflichtung ein, so verändern sich dadurch seine Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen nicht. Er hat damit nicht über diese noch ungetilgten Solidarforderungen durch Erlass verfügt. Damit

---

<sup>68</sup> Da zudem ein Regress nur möglich ist, wenn der regressierende Mitschuldner bezogen auf den gesamten gemeinsamen Haftungslafond mehr als seinen internen Anteil bezahlt hat, ist das Regressrisiko häufig nur ein theoretisches Problem. Vgl. BGE 133 III 116ff. E.4.2.

<sup>69</sup> ISLER, a.a.O., S. 195ff.

<sup>70</sup> ISLER, a.a.O., S. 209ff.

<sup>71</sup> Art. 148 Abs. 1 OR

<sup>72</sup>Der Mustertext lautet diesbezüglich in Ziff. 3 Abs. 2 und Ziff. 4 wie folgt:

*„Die Konkursmasse verpflichtet sich jedoch, bei der prozessualen Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Verwaltungsräte A und B gegenüber jeder dieser Personen nur noch jenen Teilbetrag des Gläubigerschadens der Konkursmasse wegen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit einzufordern, den die betreffende Person aufgrund ihres eigenen pflichtwidrigen Verhaltens im Innenverhältnis gemäss Art. 148 Abs. 1 OR zu tragen hat, damit die eingeklagten Personen nicht mehr als den auf sie selbst entfallenden Teilbetrag einer Solidarschuld nach den Grundsätzen der differenzierten Solidarität tragen müssen. ...*

*...Sollten trotzdem Regressansprüche gegen Verwaltungsrat C, Verwaltungsrat D oder die Revisionsstelle erfolgreich geltend gemacht werden, verpflichtet sich die Konkursmasse, die entsprechende Partei im vollen Umfang schadlos zu halten. Eine allfällige aufgrund eines Regressanspruches zu leistende Zahlung ist von der Konkursmasse der betreffenden Partei zurück zu erstatten. ....“*



kann er A und D noch immer im Umfang der nicht bereits durch den Leistungsteil getilgten Solidarforderungen in Anspruch nehmen. Aufgrund der im Vergleichsvertrag mit B und R übernommenen Verpflichtung darf er das aber nicht mehr<sup>73</sup>.

**a) *Praktische Probleme***

58 Aus der Sicht der vergleichenden B und R ist diese Regelung interessengerecht und nicht zu beanstanden. Wäre die Konkursverwaltung mit einer Klage gegen den nicht vergleichenden A in einem Umfang erfolgreich, der zu einer ebenso erfolgreichen Regressklage gegen B und R führt, würde sie den Vergleichsvertrag verletzen und müsste B und R den dadurch verursachten Schaden ersetzen<sup>74</sup>. Hat sie B und R sogar Schadloshaltung versprochen, haben diese nicht nur einen Schadenersatzanspruch im Umfang des Erfüllungsinteresses, sondern einen eigentlichen Erfüllungsanspruch.

59 Aus der Sicht der Konkursverwaltung erweist sich jedoch diese Regelung insbesondere aus zwei Gründen als problematisch: Sie stösst sich am Liquidationszweck der Konkursmasse und die zuverlässige Berechnung des internen Anteils von A und D ist nicht möglich.

**b) *Liquidationszweck der Konkursmasse***

60 Wie bereits erwähnt hat die Konkursverwaltung zum einen den gesetzlichen Auftrag, die Konkursmasse so rasch als möglich zu liquidieren. Verpflichtet nun die Konkursverwaltung die Konkursmasse, B und R vor Regressansprüchen schadlos zu halten, ist bis zum Erlöschen dieser Massaverbindlichkeit ein Abschluss des Konkurses nicht möglich. Die Frage, ob aus der Schadloshaltungserklärung eine Leistungspflicht und in welcher Höhe entsteht, hängt allein von dem erfolgreich in Anspruch genommenen und regressberechtigten A ab. Dieser entscheidet, ob und wann er gegen die vergleichenden B und R Regressansprüche erheben will. Unterbricht er regelmässig die Verjährung seiner Regressforderung, kann er damit den Konkursabschluss auf Jahrzehnte hinaus verzögern.

61 Dieses Problem löst auch ein Verzicht auf die Schadloshaltungserklärung gegenüber B und R nicht, solange sich die Konkursmasse immerhin verpflichtet, A und D nur im Umfang ihres internen Anteils in Anspruch zu nehmen. Wie wir gesehen haben, verletzt die Konkursmasse den Vergleichsvertrag, wenn sie sich nicht an diese Beschränkung hält.

---

<sup>73</sup> Pactum den non petendo in perpetuum: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2003, Rz. 3213. Damit bleiben neben der Forderung auch die Nebenrechte und insbesondere auch das Verrechnungsrecht bestehen. Offen ist, ob sich die nicht vergleichende Organperson ihrerseits auf dieses pactum de non petendo berufen kann, ob ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegt: Art. 112 Abs. 2 OR.

<sup>74</sup> Art. 97ff. OR.

c) **Berechnung des internen Anteils**

62 Zum anderen stellt eine solche Regelung die Konkursverwaltung bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den nicht vergleichenden A vor das praktische Problem, bereits bei der Klageeinleitung dessen internen Anteil im Sinne von Art. 148 Abs. 1 OR zu bestimmen. Dazu sind die folgenden Schritte notwendig:

- In einem ersten Schritt muss sie den Haftungsplafond von A für die beiden Teilschäden (Spekulation und Konkursverschleppung) unter Berücksichtigung aller Elemente der Schadenersatzbemessung feststellen. Das ist zwar nichts Ungewöhnliches und für die Klageeinleitung immer notwendig. In der Theorie ergibt diese Operation in der Regel auch ein eindeutiges Ergebnis. Wie wir alle wissen ist jedoch fraglich, ob diese Zahl auch den Prozess übersteht und sich so in einem Urteil wiederfindet. Dafür bietet der Prozess meistens sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zu viele Unwägbarkeiten.
- In einem zweiten Schritt muss sie auch von allen anderen, nicht einzuklagenden Organpersonen, d.h. von B, D und R, deren individuellen Haftungsplafond ermitteln. Solidarität mit A und damit Rückgriffsansprüche von A gegen andere Organpersonen bestehen nur auf der Grundlage des kleinsten gemeinsamen Haftungsplafonds. Wenn sich die Konkursverwaltung mit B und R verglichen hat und nicht gegen D vorgehen will, bedeutet diese Operation erheblichen zusätzlichen Aufwand. Im Übrigen ergeben sich dieselben Schwierigkeiten wie beim ersten Schritt.
- In einem dritten Schritt schliesslich hat sie zu antizipieren, wie ein Richter meistens in einem zweiten Prozess<sup>75</sup> die gesamten Umstände gemäss Art. 759 Abs. 3 OR werten und insbesondere die Verschulden der verschiedenen Organpersonen in ihrem gegenseitigen Verhältnis gewichten würde, sollte A im Rahmen des gemeinsamen Haftungsplafonds gegen B, D und R Regressansprüche erheben. Nur das, was er nicht auf diese drei abwälzen könnte, darf gegen ihn eingeklagt werden<sup>76</sup>.

d) **Fazit: Keine Rechtssicherheit für den Gläubiger**

63 Sie werden mit mir einig gehen, dass jedenfalls in komplizierteren Verantwortlichkeitsfällen, aber wahrscheinlich sogar in weniger komplexen Verhältnissen, diese Gleichung zu viele Unbekannte hat, um zu einem eindeutigen Resultat zu führen. Der Richter hat sowohl bei der Festlegung der für die Haftungsplafonds massgebenden Schadenersatzbemessung als auch bei der Festlegung der internen Anteile ein erhebliches Ermessen. Das Ergebnis dieser Ermessensausübung auf den Franken genau voraussagen zu wollen, ist schlicht nicht mög-

---

<sup>75</sup> FORSTMOSER, a.a.O., Rz 408.

<sup>76</sup> Dabei spielt die Solvenz der übrigen Solidarschuldner, insbesondere von D, ebenfalls eine Rolle, da sich der interne Anteil von B erhöht, sollte der auf D entfallende Teil von diesem nicht erhältlich sein.

lich. Dazu kommt, dass über die für das Resultat massgebenden Faktoren regelmässig in zwei verschiedenen Prozessen von unterschiedlichen Richtern entschieden wird und nicht ausgeschlossen ist, dass der Regressrichter, sogar die vom Erstrichter ermittelten Haftungsplafonds im Verhältnis zu den Regressbeklagten anders festlegt<sup>77</sup>.

- 64 Damit ist aber die Konkursverwaltung auch beim besten Willen gar nicht in der Lage, sich gegenüber B und R vertragstreu zu verhalten. Auch bei der sorgfältigsten Analyse riskiert sie immer, das richterliche Temperament nicht vollständig richtig eingeschätzt zu haben und von A mehr als seinen internen Anteil zu fordern und zu erhalten. Damit verletzt sie aber den Vergleichsvertrag und macht sich gegenüber B und R ersatzpflichtig. Auch wenn ihr allenfalls unter Hinweis auf diese objektiv bestehenden Schwierigkeiten, sich vertragstreu zu verhalten, eine Exkulpation gelänge<sup>78</sup>, würde ihr Verhalten immerhin noch den vertraglichen Schadloshaltungsanspruch auslösen.

**e) Sonderproblem: Abtretung der Ansprüche gemäss Art. 260 SchKG**

- 65 In konkursrechtlicher Hinsicht bietet ein Teilvergleich keine anderen als die bereits diskutierten Probleme, mit einer Ausnahme: Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger nach dem Abschluss eines Teilvergleichs und der Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs gegen A auf die Durchsetzung der Solidarforderung gegen D, muss die Konkursverwaltung diesen Anspruch gemäss Art. 260 SchKG an die Gläubiger abtreten. Selbst wenn die Konkursverwaltung noch die Möglichkeit hätte, den Gläubiger zur Übernahme bzw. Einhaltung der gegenüber B und R eingegangenen Verpflichtung anzuhalten, von D nicht mehr als seinen internen Anteil zu fordern<sup>79</sup>, hätte sie keine Sicherheit, bei Verletzung dieser Verpflichtung durch den Gläubiger den dadurch der Masse zugefügten Schaden ersetzt zu erhalten.
- 66 Allenfalls könnte sie sich damit behelfen, dass sie die Solidarforderung gegen D nur in dem Umfang abtritt, welcher dem internen Anteil von D entspricht, da für den Gläubiger nur in diesem Umfang ein praktisches Interesse an der Abtretung besteht. Damit stellt sich aber das wieder das erwähnte Berechnungsproblem.

---

<sup>77</sup> VOGT, a.a.O., S. 54.

<sup>78</sup> Würde man ihr diese Exkulpation gewähren, würde die Verpflichtung illusorisch.

<sup>79</sup> HOFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, a.a.O., FN 57 weisen auf dieses Problem hin, ohne konkreten Lösungsvorschlag.

## 2. Variante 2: Verzicht des Gläubigers auf denjenigen Teil seiner Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen, welcher deren internen Anteil übersteigt

### a) Ausgangslage

- 67 Damit sind wir auch schon beim zweiten Lösungsansatz, der Reduktion der Solidarforderung gegen A und D auf deren internen Anteil<sup>80</sup>.
- 68 Anstatt sich im Vergleich im Sinne eines pactum de non petendo zu verpflichten, gegenüber den nicht vergleichenden A und D nicht mehr als ihren internen Anteil zu fordern, kann die Konkursverwaltung im entsprechenden Umfang auf die Forderungen gegen A und D verzichten. Dieser Verzicht ist zwar unbestimmt, aber theoretisch bestimmbar, weshalb er gültig ausgesprochen werden kann. Auch in diesem Fall wäre die Konkursverwaltung zu verpflichten, diesen Teilverzicht gegenüber A und D sowie dem Richter offen zu legen.
- 69 Bei dieser Ausgestaltung des Vergleichs darf die Konkursverwaltung zwar A und D für mehr als ihren internen Anteil in Anspruch nehmen, nur kann sie es nicht, da ihre Forderungen nur noch im Umfang dieses internen Anteils bestehen. Ein Regressanspruch von A und D kann nicht mehr entstehen, da die Solidarforderungen in einem übersteigenden Betrag nicht gutgeheissen werden können. Soweit die Konkursverwaltung gegen A oder D mehr einklagt, wird ihre Klage abgewiesen. Die Bedenken, welche sich beim ersten Lösungsansatz aus der Verpflichtung der Konkursmasse zur Beschränkung ihres Anspruchs und der Schadloshaltung ergeben haben, bestehen hier nicht.
- 70 Dieses Konzept einer auf den internen Anteil beschränkten Solidarschuld liegt auch dem Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht bezüglich der Haftung der Revisionsorgane zugrunde<sup>81</sup>. Gemäss Art. 759 Abs. 1bis E OR haften Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mit verursacht haben, bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten<sup>82</sup>.

### b) Praktische Probleme

- 71 Nicht gelöst sind indessen auch bei dieser Variante die praktischen Probleme der Prozessführung durch die Konkursverwaltung gegen A oder D. Will sich die Konkursverwaltung nicht überklagen, muss sie auch in diesem Szenario den gegen A und D einzuklagenden Betrag regelmässig bereits bei Klageeinleitung festlegen. Wir haben die dabei zu befolgenden Operationen und die damit verbundenen Unbekannten bereits gesehen.

---

<sup>80</sup> Vgl. dazu auch Urteil des BGer 4C.358/2005, E.4.6.

<sup>81</sup> Botschaft vom 21.12.2007 zur Änderung des OR, S. 1693ff.; WIDMER/CAMPONOV, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, STH 2008, S. 110ff.

<sup>82</sup> Zum Teil wird geltend gemacht, mit dieser Regelung werde die Solidarität aufgehoben: VOGT, a.a.O. S. 48; WIDMER/CAMPONOV, a.a.O., S. 113; HOFMANN/VON DER CRONE, a.a.O., S. 267. Die Botschaft (S. 1696) hingegen spricht davon, die differenzierte Solidarität werde spezifiziert.

- 72 Dazu kommt, dass der Prozess der Konkursverwaltung gegen A und D in diesem Szenario wesentlich komplizierter wird. A und D werden sich bei Kenntnis des Teilverzichts der Konkursverwaltung nicht nur für einen möglichst tiefen Haftungsplafond wehren, indem sie die Haftungsvoraussetzungen bestreiten und im Rahmen der Schadenersatzbemessung Herabsetzungsgründe geltend machen, sondern sie werden auch alle Argumente aus dem Innenverhältnis zu B und R vorbringen, welche selbst bei angenommener Haftung im Aussenverhältnis zu ihrer Entlastung im Regress führen. Im Rahmen des eigentlichen Verantwortlichkeitsprozesses ist daher der Regressprozess als Schattenprozess zu führen<sup>83</sup>. Dabei kommt der Konkursverwaltung als Klägerin die Aufgabe zu, für die nicht eingeklagten B und R entlastende Momente vorzutragen.
- 73 Werden A oder D im Erstprozess zu einer Zahlung im Umfang ihres dort festgestellten internen Anteils an die Konkursmasse verpflichtet, hindert sie das nicht, gegen B oder R Regressansprüche zu erheben, indem sie geltend machen, die Festlegung des internen Anteils durch den Erstrichter sei nicht zutreffend. Da der Regressprozess nicht zwischen denselben Parteien geführt wird und der Regressrichter nicht an die Beurteilung durch den Erstrichter gebunden ist, ist auch in dieser Konstellation eine Abweichung zugunsten von A oder D nicht ausgeschlossen<sup>84</sup>.
- 74 Dieses Problem besteht im Übrigen auch bei der geplanten Revisionshaftung. Die Beurteilung des Erstrichters betreffend den Betrag, für den die Revisionsstelle zufolge Rückgriffs aufkommen müsste, ist für einen gegen die Revisionsstelle regressierenden Verwaltungsrat nicht von Bedeutung. Der Richter im Regressprozess kann zum Schluss kommen, dass die Revisionsstelle aufgrund und trotz des ersten Urteils noch nicht den vollen Betrag ihres internen Anteils geleistet hat und daher gegenüber dem Verwaltungsrat regresspflichtig ist.<sup>85</sup>

**c) *Fazit: Die Unsicherheiten des prozessualen Vorgehens bleiben***

- 75 Die Konkursverwaltung trägt zwar auch bei dieser Lösung ein erhebliches Risiko, mit ihrer Schätzung der internen Anteile von A und D falsch zu liegen. Das führt aber lediglich dazu, dass sie sich überklagt und deshalb kosten- und entschädigungspflichtig wird. Zudem hat sie im Prozess einen wesentlich höheren Aufwand auf sich zu nehmen, da sie sich auch mit dem internen Verhältnis aller Solidarschuldner auseinandersetzen muss. Immerhin: mit der Rechtskraft des Urteils im Prozess gegen A und D ist die Sache für sie erledigt und sie braucht sich nicht mehr um ein allenfalls abweichendes Urteil im späteren Regressprozess von A oder D gegen B oder R zu kümmern.
- 76 Mit dem Wegfall der vertraglichen Verpflichtung der Konkursmasse im Sinne der Beschränkung der Geltendmachung eines Anspruchs gegen A und D und der Schadloshaltung stellt sich die Situation von B und R etwas weniger komfortabel dar. Sie müssen mit dem

---

<sup>83</sup> Vgl. WIDMER/CAMPONOVO, a.a.O., S. 113.

<sup>84</sup> VOGT, a.a.O., S. 48.

<sup>85</sup> VOGT, a.a.O., S. 48.

Restrisiko leben, dass ein Richter im Regressprozess die internen Anteile anders festlegt, als der Erstrichter und können sich in diesem Fall nicht an die Konkursmasse halten.

### **3. Variante 3: Reduktion der Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen im Umfang des mit den vergleichenden Organen erledigten Schadensteils**

#### **a) Ausgangslage**

- 77 Welche Lösungsmöglichkeit besteht, wenn die Konkursverwaltung diese Einschränkungen nicht auf sich nehmen will, z.B. weil sie einen sehr hohen gemeinsamen Haftungsplafond behauptet und die von einem Teil der Verantwortlichen angebotene Vergleichssumme relativ gering ist? Die Konkursverwaltung will sich durch den relativ geringen Betrag nicht in ihrem weiteren Vorgehen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen einschränken oder behindern lassen, weshalb sie bezüglich der Regressproblematik keine umfassenden Zugeständnisse macht. Insbesondere wird sie sich in solchen Fällen nicht auf die Lösungsvarianten 1 und 2 einlassen, da sie sich nicht mit dem Innenverhältnis unter den Solidarschuldnern auseinandersetzen will. Auf der anderen Seite soll der Vergleich durch allfällige Regressansprüche für die vergleichenden Organpersonen nicht obsolet werden.

#### **b) Lösungsmöglichkeit unter Bezugnahme auf das Aussenverhältnis**

- 78 Ein mögliches Lösungskonzept setzt beim Aussenverhältnis an, berücksichtigt aber bis zu einem gewissen Grad auch das Innenverhältnis<sup>86</sup>. Gemäss Art. 147 Abs. 1 gehen die Forderungen gegenüber allen Solidarschuldnern durch Zahlung oder Verrechnung unter. Ist bei einem Vergleich zwischen der Konkursverwaltung und B und R der Leistungsteil relativ gering und der nur zugunsten von B und R wirkende Verzichtsteil relativ gross, bleiben bei einem Vergleich nur inter partes die Solidarforderungen der Konkursmasse gegen A und D in diesem relativ grossen Umfang bestehen.
- 79 Dies können die Vergleichsparteien dadurch korrigieren, dass sie gemeinsam festlegen, welcher prozentuale Teil der Solidarforderungen gegen A und D durch den Leistungsteil als erledigt gelten soll. Haften in unserem Beispiel A, B, D und R solidarisch für den Fortsetzungsschaden in einem gemeinsamen Haftungsplafond von CHF 1'000'000, so können die Konkursverwaltung und B und R vereinbaren, dass mit einer Zahlung von CHF 150'000 ein Anteil von 50% dieses gemeinsamen Haftungsplafonds als erledigt gilt. Mit anderen Worten, erklärt die Konkursverwaltung in diesem Konzept, von B und R für 50% des gemeinsamen Haftungsplafonds befriedigt worden zu sein, und diese 50% von A und D nicht mehr zu fordern. Sie wird daher von A und D noch maximal CHF 500'000 verlangen.

---

<sup>86</sup> Konzeptionell ähnlich ist der Vorschlag von INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, S. 531 Rz. 88.26

- 80 Auch bei diesem Lösungsansatz verpflichtet sich die Konkursverwaltung, diese Vergleichslösung gegenüber den eingeklagten Organpersonen und dem Richter offen zu legen.

(1) Die Vorteile dieser Lösung

- 81 Der Hauptvorteil dieser Lösung liegt in ihrer einfachen Handhabung. Die Vergleichsparteien legen gemeinsam fest, welcher prozentuale Teil des gemeinsamen Haftungsplafonds von B und R als getilgt gilt. Damit ist es nicht notwendig, bereits im Zeitpunkt des Vergleichs den genauen Betrag dieses Haftungsplafonds zu kennen. B und R werden bei dieser Lösung darauf drängen, dass der als getilgt geltende Teil der Solidarforderungen möglichst demjenigen Teil entspricht, den sie im Rückgriff definitiv tragen müssten. Geht man in unserem Beispiel davon aus, die Revisionsstelle habe 25%, die Verwaltungsräte hätten gemeinsam 75% des zu ersetzenden Schadens intern zu tragen, wobei die Verwaltungsräte nach Köpfen hafteten, so entsprechen die extern vereinbarten 50% dem internen Anteil von B und R. Die Konkursverwaltung wird dieser Lösung zustimmen, wenn sie davon ausgeht, von A und D z.B. aus Solvenzgründen, nicht mehr als die Hälfte des gemeinsamen Haftungsplafonds zu erhalten. Im Übrigen ist die Festlegung dieser Prozentzahl wie die Höhe des Leistungsteils Verhandlungssache.
- 82 Klagt die Konkursverwaltung in der Folge gegen A, so wird sie den gemeinsamen Haftungsplafonds in der Höhe von CHF 1'000'000 behaupten, davon jedoch nur die noch nicht als getilgt geltenden 50%, d.h. CHF 500'000, geltend machen. Erweist sich bei der Klagevorbereitung, dass der gemeinsame Haftungsplafond höher oder tiefer liegt, ist der einzuklagende Betrag entsprechend anzupassen.
- 83 Stellt der Richter im Laufe des Prozesses fest, dass der gemeinsame Haftungsplafonds, d.h. der solidarisch geschuldete Schadenersatz, den von der Konkursverwaltung behaupteten Betrag nicht erreicht, sondern nur CHF 800'000 beträgt, wird er die Klage über CHF 500'000 im Umfang von CHF 100'000 abweisen, da A nur im Umfang von 50% haftet. Stellt er demgegenüber einen höheren Haftungsplafond fest, ist allenfalls eine Klageänderung möglich.

(2) Die Nachteile dieser Lösung

- 84 Da sich diese Lösung am Aussenverhältnis orientiert, führt sie nicht in allen Fällen zu einer definitiven Erledigung des Verantwortlichkeitsfalles für die vergleichenden Organpersonen. Wird A zur Zahlung von 50% des gemeinsamen Haftungsplafonds verurteilt, und hätten gemäss Art. 148 Abs. 1 iVm 759 Abs. 2 OR B und R im Rückgriff je 25% zu tragen, ergeben sich keine Probleme. Der Rückgriffsanspruch von A richtet sich im Umfang der Hälfte seiner Zahlung nur noch gegen D.
- 85 Entspricht der als getilgt geltende Anteil des Haftungsplafonds jedoch nicht dem internen Anteil von B und R, müssen sie mit Regressansprüchen rechnen. Dasselbe gilt, wenn D als Regressschuldner von A ausfällt und sein Rückgriffsanspruch daher nicht oder nicht voll-

ständig durchgesetzt werden kann. In diesem Fall haften gemäss Art. 148 Abs. 2 OR dafür die Mitschuldner anteilmässig. A kann daher im Rückgriff von B und R je einen Drittel des von D nicht erhältlich gemachten Betrags verlangen<sup>87</sup>.

**c) *Fazit: Die Regressproblematik ist zwar entschärft, aber nicht beseitigt***

86 Mit dieser Lösung sind Regressansprüche gegen die vergleichenden Organpersonen nicht ausgeschlossen. Sie ist damit nicht perfekt, aber aus pragmatischen Gründen als Kompromiss zwischen den Interessengegensätzen vertretbar: Die Vergleichsparteien können auf dem Verhandlungsweg mit der Festlegung des als getilgt geltenden Teils des gemeinsamen Haftungsplafonds das Regressrisiko für die vergleichenden Organpersonen dosieren. Da die vergleichenden Organpersonen die Festlegung dieses Prozentsatzes mittragen, bestimmen sie selber über die Höhe dieses Risikos einer Fehlbeurteilung. Zudem tragen sie das Insolvenzrisiko eines im Regress belangten Mitschuldners, was aber dem gesetzlichen Konzept entspricht.

**ZUSAMMENFASSUNG**

87 Lassen sie mich zusammenfassen:

1. Die praktischen Probleme von Vergleichen in Verantwortlichkeitsfällen ergeben sich daraus, dass regelmässig eine Mehrheit von solidarisch haftenden Organpersonen vorhanden ist.
2. Kommt es nicht zu einem Vergleich mit Wirkung erga omnes, stellen die Regressansprüche das grösste Problem dar. Dabei werden diese Risiken regelmässig überschätzt.
3. Zur Beseitigung bzw. Entschärfung des Regressproblems bestehen verschiedene Lösungskonzepte, welche die Interessen der einen oder anderen Seite stärker gewichten.
4. Einen praktischen vollständigen Schutz von vergleichenden Organpersonen vor Regressansprüchen bietet die Verpflichtung des Gläubigers, die nicht Vergleichenden nur noch für deren internen Anteil zu belangen und bei dennoch erfolgter Regressnahme, die Vergleichenden schadlos zu halten. Dieses Konzept stösst auf erhebliche praktische Probleme.
5. In der Mitte des Interessenausgleichs steht das Konzept einer Reduktion der Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen auf deren internen Anteil. Die Regressnahme wird damit nicht völlig ausgeschlossen. Das Vorgehen des

---

<sup>87</sup> BaK-Schnyder, Art. 148 OR N5.



Gläubigers gegen nicht vergleichende Organpersonen ist zudem wesentlich aufwändiger.

6. Noch weniger Schutz vor Regressansprüchen bietet das dritte Konzept, bei welchem die Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organe auf einen Prozentsatz des gemeinsamen Haftungsplafonds reduziert werden. Regressansprüche bleiben möglich und die vergleichenden Organpersonen tragen das Solvenzrisiko ihrer Mitschuldner. Der Vorteil liegt jedoch in der einfachen Umsetzung und darin, dass sich der Gläubiger mit dem Innenverhältnis der Solidarschuldner nicht befassen muss.

**INHALTSVERZEICHNIS**

EINLEITUNG.....	2
DER VERGLEICHsvertrag .....	3
I. BEGRIFF UND MERKMALE DES VERGLEICHsvertrags.....	3
II. WESENTLICHER INHALT DES VERGLEICHsvertrags ÜBER FORDERUNGEN .....	3
III. ARTEN VON VERGLEICHEN .....	4
A. Gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich.....	4
B. Vergleich mit Wirkung nur inter partes oder erga omnes (mit Gesamtwirkung) .....	4
AKTIENRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE .....	5
I. ART. 754FF. OR ALS BESONDERE HAFTUNGSORDNUNG .....	5
II. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DES SCHADENS .....	6
III. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER GESCHÄDIGTEN PERSONEN .....	6
A. Unmittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern.....	6
B. Unmittelbarer Schaden der Gesellschaft und mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern.....	6
IV. BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER HAFTPFLICHTIGEN.....	7
A. Meistens Mehrheit von Haftpflichtigen .....	7
B. Differenzierte Solidarität im Aussenverhältnis.....	8
C. Regress im Innenverhältnis .....	9
DIE PRAKTISCHEN PROBLEME .....	10
I. VERGLEICH MIT ALLEN ORGANPERSONEN BZW. MIT EINZELNEN, ABER MIT WIRKUNG ERGA OMNES .....	12
A. Ausgangslage .....	12
B. Die praktischen Probleme .....	12
1. Verhandlungsprobleme.....	12
2. Materiellrechtliche Probleme .....	13
3. Konkursrechtliche Probleme .....	13
II. TEIL-VERGLEICH MIT B UND R MIT WIRKUNG NUR INTER PARTES .....	15
A. Ausgangslage .....	15
B. Lösungsmöglichkeiten .....	16
1. Variante 1: Verpflichtung, die nicht vergleichenden Organpersonen nur noch im Umfang von deren internem Anteil in Anspruch zu nehmen und Schadloshaltung der Vergleichenden von Regressansprüchen.....	16
a) Praktische Probleme .....	17
b) Liquidationszweck der Konkursmasse .....	17
c) Berechnung des internen Anteils .....	18
d) Fazit: Keine Rechtssicherheit für den Gläubiger.....	18
e) Sonderproblem: Abtretung der Ansprüche gemäss Art. 260 SchKG .....	19

---

2.	Variante 2: Verzicht des Gläubigers auf denjenigen Teil seiner Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen, welcher deren internen Anteil übersteigt .....	20
a)	Ausgangslage .....	20
b)	Praktische Probleme .....	20
c)	Fazit: Die Unsicherheiten des prozessualen Vorgehens bleiben .....	21
3.	Variante 3: Reduktion der Solidarforderungen gegen die nicht vergleichenden Organpersonen im Umfang des mit den vergleichenden Organen erledigten Schadensteils .....	22
a)	Ausgangslage .....	22
b)	Lösungsmöglichkeit unter Bezugnahme auf das Aussenverhältnis.....	22
	(1) Die Vorteile dieser Lösung .....	23
	(2) Die Nachteile dieser Lösung .....	23
c)	Fazit: Die Regressproblematik ist zwar entschärft, aber nicht beseitigt.....	24
	ZUSAMMENFASSUNG .....	24